

予備試験

2019年予備試験
論文式試験分析会
商法・民事訴訟法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 195674

LU19567

商法 問題

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、加工食品の輸入販売業を営む取締役会設置会社であり、かつ、監査役設置会社である。甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがあるが、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。
2. 甲社の発行済株式の総数は200株であり、平成28年12月1日に創業者Aが急死するまでは、Aが100株を、Aの妻Bが全株式を有し代表取締役を務める乙株式会社（以下「乙社」という。）が40株を、Aの長男Cが30株を、Aの長女Dが20株を、Aの二女Eが10株を、それぞれ有していた。
3. 甲社の定款には、取締役は3人以上、監査役は1人以上とする旨の定めがあり、また、取締役及び監査役の任期をいずれも選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の定めがある。Aが死亡する直前では、A及びCが甲社の代表取締役を、D及びEが取締役を、甲社の従業員出身Fが監査役を、それぞれ務めていた。甲社の役員構成については、Aの死亡後も、Aが死亡により取締役を退任したこと以外に変更はない。
4. Aの死亡後、Aの全相続人であるB、C、D及びEが出席した遺産分割協議の場において、Cは、Aが有していた甲社株式100株を全てCが相続する案を提示した。しかし、Dが強く反対したため遺産分割協議が調わず、当該株式については株主名簿の名義書換や共有株式についての権利を行使すべき者の指定がされないままであった。
5. この頃から甲社の経営方針をめぐるCとDの対立が激しくなった。Cは、何かにつけてDを疎んじ、甲社の経営を独断で行うようになった。Cは、甲社の経営の多角化を積極的に進めるために、知人の経営コンサルタントに多額の報酬を支払って雑貨の輸入販売業にも進出した。しかし、その業績は思うように伸びず、ついには多額の損失が生ずるようになった。Dは、このままでは甲社の経営が破綻するのではないかと恐れ、平成31年3月頃、Cの経営手腕の未熟さについてBに訴えた。Bは、CとDが協力して甲社を経営していくことを望んでいたが、他方では、Cの経営手腕に不安を抱いていたので、この際、DがCに代わって甲社の経営を担うのもやむを得ないとの考えに至り、Dを支援することとした。
6. 平成31年4月22日、乙社は、Dが全株式を有し代表取締役を務める丙株式会社（以下「丙社」という。）との間で、乙社を分割会社、丙社を承継会社とする吸収分割（以下「本件会社分割」という。）を行い、これにより、乙社が有する甲社株式40株を全て丙社に承継させた。丙社は甲社に対して株主名簿の名義書換請求をしたが、Cは甲社を代表して本件会社分割による甲社株式の取得が甲社の取締役会の承認を得ていないことを理由にこれを拒絶した。このことがあってから、Cは、Dを強く警戒するようになり、Dを甲社の経営から排除することを考え始めた。
7. 令和元年5月9日にCの招集により開催された甲社の取締役会には、C、D、E及びFが出席した。定例の報告が終わった後、Cは、決議事項として予定されていなかったDの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会の開催を提案した。驚いたDは激しく抵抗したが、Cは決議について特別の利害関係を有するという理由でDを議決に参加させることなく、C及びEの賛成をもって、Dの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会を同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催することを決議した（以下「本件取締役会決議」という。）。

〔設問1〕

上記1から7までを前提として、本件取締役会決議の効力を争うためにDの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

8. Cは、令和元年5月10日、本件取締役会決議に基づき、乙社、C、D及びEに対し、臨時株主総会の招集通知を發した。同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催された臨時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、C、D及びEが出席したが、乙社を代表するBは病気と称して出席しなかった。本件株主総会では、定款の定めに基づき、Cが議長となり、Dを取締役から解任する旨の議案につき、C及びEは賛成し、Dは反対した。Dは、丙社を代表して丙社が本件会社分割により取得した甲社株式40株についても議決権を行使して当該議案につき反対する旨主張した。しかし、議長であるCは、これを認めず、行使された議決権60個のうち40個の賛成があったとして、Dを取締役から解任する旨の決議の成立を宣言した（以下「本件株主総会決議」という。）。

〔設問2〕

本件株主総会決議の効力を否定するためにDの立場において考えられる主張（〔設問1〕の本件取締役会決議の効力に関する事項を除く。）及びその主張の当否について、論じなさい。

商法 解答のポイント

設問1については、取締役会決議の効力が問われている。Dの立場としては、決議事項として予定されていなかったD取締役解任について決議をしたことや、Dを決議に参加させなかったことを理由に本件取締役会決議は無効であるとの主張を行うと考えられる。前者については、経営の専門家である取締役には株主のように準備期間を与える必要性がないため、通知に記載のない事項を審議することは当然には違法でないことを指摘したい。後者については、特別利害関係人が取締役会の議決に加わることができない(369条2項)の趣旨を踏まえて、取締役解任議案について、対象の取締役が特別利害関係人に当たることを論じたい。

設問2については、株主総会決議の効力が問われている。まず、Dとしては、相続されたAの株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」(341条)に含まれるとして、本件株主総会決議が定足数を満たしていないとの主張を行うことが考えられる。この点については、死亡したAの株式が共同相続人間で準共有(民法264条、252条)されているところ、権利行使者の指定がされていない準共有株式については権利行使が認められていない(会社法106条本文)ことを指摘する必要があるだろう。次に、本件会社分割によってDが取得した甲社株式について、譲渡承認を受けていないことを理由に権利行使を認められなかった点が、決議方法の法令違反(831条1項1号)にあたらぬかが問題となる。一般承継による株式移転が「譲渡」に含まれない(134条1項4号)ことを前提にして、乙社はBが全株式を保有し、代表取締役を務める会社であるから、Bと同視できること、及び丙社もDが全株式を保有し代表取締役を勤める会社であるから、Dと同視できること、という事情から本件会社分割はBD間の株式の「譲渡」と評価できそうである。このような株式移転のみを目的にした会社分割であっても「譲渡」にあたらぬと考えてよいのか検討する必要がある。この際には、会社は定款によって一般承継人に対する株式売渡請求を定めておくことができる(174条)という点を踏まえて考える必要がある。

商法 解答例

第1 設問1

1 Dの主張について

Dは、①決議事項として予定されていなかった事項について決議されたこと、及び②CがDを本件取締役会決議から排除したこと(以下「本件排除」という。)を理由として本件取締役会決議の無効を主張する。

2 Dの主張の当否について

(1) ①について

取締役は会社経営に責任を負う者として、臨機に必要な事項を取締役会で決議することを求められるため、取締役会において決議が予定されていた議題以外の議題について決議することを妨げない。したがって、本件取締役会において、決議事項として予定されていなかった臨時株主総会開催の議題を決議したことは、会社法上違法ではなく、①の主張は認められない。

(2) ②について

ア 取締役会決議の手續や内容に法令違反等がある場合には、特段の事情がない限り当該決議は無効となると考える。

イ そもそも、取締役は本来取締役会決議に参加できる(369条1項)から、本件排除は同項に違反するように思える。

ここで、同条2項の特別利害関係とは会社に対する忠実義務(355条)を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的利害関係をいう。そして取締役解任を目的とする臨時

株主総会の招集が取締役会で議題となっている場合、当該取締役は当該議題について自分の身分にかかる重大な利害関係を有するから、当該取締役は特別利害関係取締役に当たる。したがって、上記のような取締役であるDは、同項により本来本件取締役会決議に参加することができない。

ウ よって本件排除は適法で、②の主張は認められない。

第2 設問2について

1 Dの主張

Dは①定足数の不足(341条違反)、及び②本件会社分割により取得した甲社株式40株についての丙社の議決権行使が認められなかったこと(105条1項3号)を理由として、831条1項1号により本件株主総会決議は取消されるべきであると主張する。

2 Dの主張の当否について

(1) ①について

本件では、甲社株式を100株有していたAが死亡したことにより、相続人のB・C・D・E(以下「相続人」という)が当該株式を相続している。しかし、相続人の間において遺産分割協議が調わず当該株式は相続人間で準共有状態にあるところ、106条本文の権利行使者について指定がなされていないから、同条本文により相続人は当該株式について議決権を含む権利を行使することができない。したがって、当該株式に係る議決権

は、341条の「議決権を行使することができる株主の議決権」に当たらないこととなる。その結果、本件株主総会決議において「議決権を行使することができる株主の議決権」の数は、甲社発行済株式総数の200株から当該株式100株を除いた100株となるため、本件株主総会決議で要求される定足数は51株以上である。ここで、本件株主総会決議において行使された議決権は60株分であるから、定足数の要件は満たされている。

よって、Dの①の主張は認められない。

(2) ②について

ア 株式の譲渡制限を定める「譲渡」に会社分割などの一般承継による株式移転は含まれない(134条4号)。したがって、Cが承認機関である取締役会の承認(139条1項ただし書)がないことを理由に、甲社の株式の行使を認めなかったことは「決議の方法」の「法令」違反にあたるとも思える。しかし、本件会社分割は、経営をめぐる対立が生じている状況で行われている。このような会社分割であっても、「譲渡」に当たらないかが問題となる。

イ この点、譲渡制限の趣旨が、会社にとって好ましくない者が会社経営に関与することを防止することにあることに鑑みれば、譲渡制限規制の潜脱を目的とした一般承継についても譲渡にあたると考えるべきとも思える。しかし、このような場

合は会社が一般承継人に対する売渡し請求(174条)をあらかじめ定款で定めておくことで、会社の閉鎖性を維持することができるから、このような解釈は不要である。したがって、譲渡制限規制の潜脱的に行われた株式移転であっても「譲渡」にあたらないと考える。

ウ 本件会社分割は、取締役であるCとDの間で経営をめぐる対立が生じている状況で行われたものであり、株式移転を目的にして行われたものと認定することができる。しかし、このような会社分割であっても、上記のように「譲渡」にあたらない。よって、本件会社分割は会社に対しても有効である。

エ CがDの甲社株式についての権利行使を認めなかったことは「決議方法」についての法令違反となる(831条1項1号)。

オ Dの甲社株式について権利行使を認めなかったことは、株主の議決権(105条1項3号)の侵害であるから「重大」な違法であり、また、権利行使できていれば本件株主総会決議がされることもなかったのであるから「決議の結果に影響がない」ともいえない。したがって、裁量棄却されない(831条2項)。

カ Dの②の主張は認められる。

以 上

— MEMO —

民事訴訟法 問題

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

Y株式会社（以下「Y」という。）は、甲土地を所有していた。X1は、自宅兼店舗を建築する予定で土地を探し、甲土地が空き地となっていたことから、購入を考えた。X1は、娘Aの夫で事業を引き継がせようと考えていたX2に相談し、共同で購入することとして、甲土地の購入を決めた。X1は、甲土地の購入に当たり、Yの代表取締役Bと交渉し、X1とX2（以下「X1ら」という。）は、Yとの間で甲土地の売買契約を締結した。X1らは、売買代金を支払ったが、Yの方で登記手続を全く進めようとしないう。そこで、X1らは、Yを相手取って、甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

【設問1】

X1は、本件訴えの提起に際して、体調が優れなかったこともあり、X2に訴訟への対応を任せることとした。そのため、専らX2がX1らの訴訟代理人である弁護士Lとの打合せを行って本件訴えを提起したが、X1は、Yに訴状が送達される前に急死してしまった。X1の唯一の相続人はAであった。

X2は、X1から自分に訴訟対応を任されたという意識があったため、X1の死亡の事実をLに伝えなかった。訴訟の手続はそのまま進行したが、Yは、争点整理手続終了近くになって、X1の死亡の事実を知った。

Yは、X1の死亡の事実を知って、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。

このYの主張に対し、X2側としてどのような対応をすべきであるかについて、論じなさい。

【事例（続き）】（【設問1】の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

本件訴えに係る訴訟（以下「前訴」という。）においては、唯一の争点として甲土地の売買契約の成否が争われた。裁判所は、X1ら主張の売買契約の成立を認め、X1らの請求を全て認容する判決（以下「前訴判決」という。）を言い渡し、この判決は確定した。

しかし、Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執行を免れる目的で、Bの息子Zと通謀し、YからZに対する贈与を原因とする所有権移転登記手続をした。X1らは、前訴判決の確定後にその事実を知った。そこで、X1らは、YとZとの間の贈与契約は虚偽表示によりされたものであると主張し、Zに対して甲土地の所有権移転登記手続を求める訴え（以下、この訴えに係る訴訟を「後訴」という。）を提起した。Zは、後訴においてX1らとYとの間の売買契約は成立していないと主張した。

【設問2】

X1らは、上記のようなZの主張は前訴判決によって排斥されるべきであると考えている。X1らの立場から、Zの主張を排斥する理論構成を展開しなさい。ただし、「信義則違反」及び「争点効」には触れなくてよい。

民事訴訟法 解答のポイント

設問1においては、X1らが共同購入した甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続請求訴訟を提起したものの、訴状送達前にX1が死亡した場合に、共同原告であるX2がとるべき対応が問題となる。この場合、まず死亡したX1が当事者にあたるかが問題になる。X1が当事者にあたるかすれば、X1の死亡により当事者全員の参加に支障をきたすとも思えるため、本件訴えが固有必要的共同訴訟にあたるのかが問題になる。仮に本件訴えが通常共同訴訟（民事訴訟法（以下、略す。）38条）であれば、X1による請求が当事者の実在を欠くとして却下されても、X2による請求は影響を受けない。一方、本件訴えが固有必要的共同訴訟（40条1項）であれば、当事者の全員参加を欠くとして当事者適格が否定され、訴えが却下されることとなる。後者の場合、X2としては当事者適格を有するとの訴訟活動をする必要が生ずる。

その方法として、X1の唯一の相続人であるAに訴訟引受け（51条後段）をさせることが考えられるが、訴状送達前に当事者が死亡した場合は「訴訟の係属中」にあたらない。訴訟手続の中断及び受継（124条1項）も、訴訟係属中を前提としており適切ではない。しかし、訴状提出や訴訟代理人選任の時点で潜在的訴訟係属が生じており、その後当事者が死亡した場合に当然承継の規定（124条1項1号）が類推適用されるとすれば、X1の唯一の相続人であるAが当事者となる結果、当事者適格は失われぬとの主張が考えられる。この点への反論として、X1の死亡を看過して、Aの関与なく訴訟手続が進行していることから、Aの手続保障を欠くため当然承継の類推適用は認められないとの主張が想定される。これに対し、本件では争点整理手続終了前にX1の死亡が発覚し、弁論前にAに参加の機会が与えられている。そこでX2としては、信義則を理由に、Aに個別に追認拒絶の機会を認めれば足りるとの再反論が考えられる。加えて、共同購入者であり当事者でもあるX2による代替的手続保障が図られている等の再反論も考えられる。

設問2においては、訴訟係属中に目的物が仮装譲渡されたことを看過したまま判決が確定した場合に、譲受人に既判力を及ぼすことができるかが問題となる。裁判例（大阪高判昭46.4.8／百選〔第5版〕〔A28〕）では、移転登記請求訴訟の係属中に通謀虚偽表示により移転登記がなされた場合、請求の目的物の所持者に準じ、仮装譲受人に既判力を及ぼす類推解釈が可能としている。本件では、仮装譲受人であるZに保護すべき固有の利益があるかを検討し、これを欠く場合には「所持者」（115条1項4号）に準じて既判力が及ぶとする理論構成が考えられる。

— MEMO —

民事訴訟法 解答例

設問 1

Yの主張は、X1が死亡していたことにより、必要的共同訴訟である本件訴えにおいては、原告側は当事者適格を欠くことになるため、訴訟要件を欠き、本件訴えは却下されるべきとの趣旨であると考えられる。

そこで、当事者や訴訟形態を確定し、X2側の当事者適格の有無を検討する。

1 当事者の確定

当事者の確定基準としては、基準の明確性の観点から訴状における表示を基準とするべきである。

本問では、訴状にX1とX2が表示されていると考えられる。

したがって、当事者はX1、X2である。

2 訴訟形態

次に、本件訴えが、通常共同訴訟か、固有必要的共同訴訟かを検討する。

民事訴訟は実体権の実現・処分過程であるから、実体権の帰属態様をできるだけ尊重するべきである。

他方で、当事者適格は訴訟追行権という訴訟上の権能に関わる問題でもあるから、訴訟政策的観点による調整も要する。

そこで、訴訟共同の必要の判断においては、実体法上の管理処分権を基準としつつ、訴訟政策的観点により調整を図る

べきと考える。

本問では、売買契約に基づく所有権移転登記手続きを求め訴えを提起している。

たしかに、売買契約から生じる債権に基づくものであり、X1及びX2が単独で行使可能な実体権が問題になっている。そのため、訴訟形態は通常共同訴訟であるとも思える。

しかし、判例で共有権に基づく所有権移転登記請求が固有必要的共同訴訟であるとされた趣旨は、いかなる持分割合での移転登記をするかが原告の意思にかかっており、保存行為の範疇を超えるため、合一確定の必要がある点にあると考えられる。そして、かかる趣旨は売買契約に基づく所有権移転登記請求にも及ぶといえる。また、訴訟物は異なるものの、同一の結果を求める共有権に基づく所有権移転登記請求との整合性を図る必要性がある。

よって、本件訴えは固有必要的共同訴訟であると考えられる。

3 当事者適格の有無

(1) たしかに、当事者の一人であるX1が死亡したことにより、訴訟に当事者として参加していないことになる。そのため、当事者適格を欠き、訴え却下になるとも思える。

(2) そこで、当然承継（124条1項1号）の類推適用により、相続人Aを当事者とすることができないかを検討する。
この点、原告の死亡時に訴訟成立の準備過程に入ってい

た場合には、潜在的な訴訟係属があると考え、124条を類推適用する基礎があるといえる。

よって、原告が訴状提出後や訴訟代理人選任後に原告が死亡したような場合は、124条1項1号の類推適用を認め、相続人を当事者と考える。

本件では、訴状提出後、訴状送達前にX1が死亡していることに加え、X2はX1から訴訟への対応を任せられ、訴訟代理人Lと打ち合わせを行い訴訟成立の準備に入っていたといえる。

したがって、X1死亡時に訴訟成立の準備段階に入っていたといえるため、124条が類推適用され、X1の相続人Aが当事者であると考えられる。

- 4 よって、X2側は、原告側の当事者はX2及びAであるため、当事者適格を欠くことにはならないと主張するべきである。

設問2

- 1 X1らは訴訟引受の申立てをしていない以上、Bとの間で判決を受けても、115条1項各号が直接適用されない結果、その判決の効力はZには及ばないことになる。しかし、Zは仮装譲受人であるため、X1らとしては、Zに対しても前訴の判決効が拡張できることを主張することになる。

- 2 115条1項4号の趣旨は、目的物の所持者については、

目的物の占有に固有の利益を有さず、当事者と同一視されるため、独自の手続保障を必要とするだけの実質的利益を欠くということにある。

そして、通謀虚偽表示により登記名義を具備した者も、専ら真実の権利者のために登記名義を保有するにすぎず、登記名義の保有について、自己固有の利益を有しないという点で、目的物の所持者と同じである。

そこで、通謀虚偽表示により登記名義を具備した者については115条1項4号を類推適用することができる考える。

- 3 したがって、本件では、BとZ間で通謀して贈与契約がなされ、Zに贈与を原因とする所有権移転登記がされている以上、Zには当事者として手続保障を必要とするだけの固有の利益がなく、Bと同視できる。

よって、X1らとしては、115条1項4号の類推適用により、ZがX1らとYとの間の売買契約が成立していないと主張することは既判力により遮断されると主張することになる。

以上

— MEMO —

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19567